

# **La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général des sociétés anonymes par le projet de loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (NRE)**

**Pierre-Henri Conac**

Maître de conférences à l’Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

1. - La défunte loi du 24 juillet 1966<sup>1</sup> prévoyait deux modes de direction des sociétés anonymes. Les actionnaires pouvaient choisir le modèle classique où la direction était assurée par un conseil d'administration avec à sa tête un président que la pratique a toujours qualifié de président-directeur général (P-DG). Les actionnaires pouvaient également opter pour le modèle dualiste, d'inspiration allemande, où la direction de la société était confiée à un directoire placé sous le contrôle d'un conseil de surveillance composé de représentants des actionnaires. Cependant, cette innovation de la loi de 1966 n'a pas rencontré un grand succès auprès des sociétés cotées en bourse. Celles-ci ont majoritairement conservé le mode de direction par le conseil d'administration, qui s'était imposé en France au long du XIXème siècle, jusqu'à sa consécration par la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés. Mais ce n'est qu'en 1940 que le modèle du président du conseil d'administration réunissant sur son chef la présidence du conseil et la direction générale de la société s'est imposé en droit positif.

2. - Or, le projet de loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (NRE) est venu bouleverser la quiétude de ce paysage institutionnel. En effet, il autorise la dissociation, jusqu'ici impossible, des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général d'une société anonyme. Dans les sociétés qui appliqueraient cette nouvelle modalité d'organisation de la direction générale qui, dans le texte déposé par le Gouvernement devenait le droit commun, le président du conseil d'administration n'exercerait plus que des fonctions limitées à la présidence du conseil d'administration et des assemblées, et au contrôle du chef d'entreprise qui prendrait le titre de directeur général. En fait, il s'agirait plutôt d'une restauration que d'une innovation car de 1867 à 1940, la dissociation a constitué en France le régime de droit commun.

3. - Le retour au régime existant avant 1940 ne constitue pas à proprement parler une surprise. En effet, il reflète l'influence grandissante des thèses du gouvernement d'entreprise qui vont dans le sens d'un plus grande responsabilisation des dirigeants des sociétés anonymes cotées et d'un rééquilibrage des pouvoirs entre dirigeants et actionnaires, au profit de ces derniers. Certes, dans le premier rapport Viénot de juillet 1995 ne figurait pas de proposition relative à la dissociation des fonctions<sup>2</sup>. Cependant, le rapport Marini de 1996 sur le droit des sociétés

---

<sup>1</sup> La loi du 24 juillet 1966 a été abrogée, à l'exception de quelques articles, et réintégrée dans le nouveau code de commerce.

<sup>2</sup> CNPF-AFEP, Le conseil d'administration des sociétés cotées, juillet 1995, 21 p.

l'évoquait déjà<sup>3</sup>. Puis, petit à petit, l'idée a fait son chemin. Elle est tout d'abord réapparue dans une étude réalisée par Jean Peyrelevade pour la fondation Saint-Simon sur le gouvernement d'entreprise<sup>4</sup>. Puis, elle a été intégrée dans le deuxième rapport Viénot de 1999<sup>5</sup>. De ce fait, son intégration dans le projet de loi sur les NRE ne saurait surprendre. La filiation avec le gouvernement d'entreprise est très nette et la réforme figure d'ailleurs dans un chapitre de la loi NRE intitulé: « Equilibre des pouvoirs et fonctionnement des organes dirigeants ». On peut toutefois s'étonner que l'option entre le cumul et la dissociation des fonctions soit offerte à toutes les sociétés anonymes alors qu'en fait les thèmes du gouvernement d'entreprise ne concernent que les sociétés cotées. Il aurait été sans doute préférable de n'offrir le choix de la dissociation des fonctions qu'aux seules sociétés cotées en bourse mais le législateur n'a sans doute pas voulu porter atteinte au principe de l'unité du droit des sociétés<sup>6</sup>.

4. - Le projet de loi NRE a été voté en première lecture par l'Assemblée nationale et, en des termes différents, par le Sénat. De ce fait, et en raison de l'échec de la commission mixte paritaire, le texte définitivement voté par le Parlement pourrait différer quelque peu de celui voté par le Sénat. Cependant, l'essentiel est acquis. Il est donc possible de s'interroger dès maintenant sur l'intérêt de la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général par rapport à l'objectif affiché de promotion du gouvernement d'entreprise. Malheureusement, il apparaît que le régime de la dissociation des fonctions mis en place par le projet de loi présente des lacunes et des insuffisances, et ne permet sans doute pas de garantir une amélioration significative du gouvernement d'entreprise en France.

## **I - La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général constitue une réforme qui pourrait permettre d'améliorer le gouvernement d'entreprise**

5. - Pour l'observateur qui se situerait dans une perspective historique, la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général constitue une restauration qui a quelque chose de paradoxal. En effet, le choix de la concentration des pouvoirs entre les mains du P-DG avait eu justement pour but de renforcer la responsabilité des dirigeants de société anonymes et de mettre fin à certaines dérives.

---

<sup>3</sup> Le rapport Marini, du nom de son auteur, proposait la dissociation facultative des fonctions sur décision de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Rapport au Premier Ministre 1996, *La Documentation française*, pp. 35-36 et 42.

<sup>4</sup> Jean Peyrelevade, *Le Gouvernement d'entreprise ou Les fondements incertains d'un nouveau pouvoir*, *Economica*, février 1999, 68 pages.

<sup>5</sup> AFEP-MEDEF, Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot, juillet 1999, pp. 6 et suivantes.

<sup>6</sup> Une distinction était pourtant tout à fait envisageable. D'ailleurs, en matière de société à directoire, la loi n'autorise le directeur général unique que dans les seules sociétés dont le capital est inférieur à 1 Million de francs.

## **A - La dissociation des fonctions constitue un retour à la situation d'avant 1940**

### **1°) La loi du 24 juillet 1867 autorisait la dissociation des fonctions**

6. - A l'origine, la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, inspirée par le modèle anglais, avait prévu la dissociation des fonctions.

L'une des idées principales de la loi de 1867 était d'établir une distinction entre les actionnaires, représentés par le conseil d'administration, et les gestionnaires. Les premiers devaient contrôler la gestion qui serait assurée par le seconds. A vrai dire, la loi de 1867 n'avait fait qu'ouvrir une piste. En effet, elle n'avait pas institué un conseil d'administration mais elle évoquait l'existence de mandataires "à temps" pris parmi les associés<sup>7</sup>. Elle leur fixait comme tâche d'administrer la société, si bien que lorsque ces mandataires étaient suffisamment nombreux, les statuts les ont rapidement désignés sous le nom d'administrateurs et les ont organisés au sein d'un conseil d'administration. Ainsi, l'existence des administrateurs, du conseil d'administration et de son président n'était pas prévue par la loi de 1867 mais a résulté de la pratique.

Comme le conseil d'administration ne pouvait pas se réunir en permanence pour prendre les décisions nécessaires à la bonne marche des affaires de la société, la gestion était déléguée à une ou plusieurs personnes, révocables *ad nutum*. Lorsque cette personne n'était pas membre du conseil d'administration, elle était qualifiée par la pratique de directeur général. Lorsqu'elle était membre du conseil d'administration, elle était qualifiée d'administrateur délégué<sup>8</sup>, terme qui est d'ailleurs encore utilisé de nos jours en Belgique, au Luxembourg et en Suisse. Là encore, ce terme d'administrateur délégué était issu de la pratique puisque la loi de 1867 désignait le chef d'entreprise sous le nom de directeur<sup>9</sup>. La loi de 1867 n'interdisait pas à une personne de cumuler les fonctions d'administrateur délégué et de président du conseil d'administration. Cependant, il semble que ces fonctions étaient généralement dissociées. Le président du conseil d'administration n'avait alors qu'un rôle essentiellement honorifique et protocolaire.

### **2°) La suppression de la dissociation des fonctions sous le gouvernement de Vichy**

<sup>7</sup> Article 22 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1867 : « Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés... ».

<sup>8</sup> Le terme d'administrateur délégué mettait en valeur le fait que ce dernier ne tirait ses pouvoirs que d'une délégation de pouvoirs accordée par le conseil d'administration.

<sup>9</sup> Article 22 alinéa 2 de la loi de 1867 : « Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur, ou si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle ».

7. - Le système de direction des sociétés anonymes mis en place par la loi de 1867 a cependant mal supporté la crise des années 1930 et les faillites et les scandales qui l'accompagnèrent.

Laissons un auteur ancien parler : « L'on a pu assister pendant 15 ans (de 1919 à 1935) à cette série de scandales financiers dont la poursuite a décelé les agissements d'administrateurs incorrects ayant commis au détriment de la collectivité dont ils avaient charge, des abus de confiance, des escroqueries, des délits d'émission, de négociation, de majorité factice, de distribution de dividendes fictifs destinés à placer du papier sans valeur ... »<sup>10</sup>. Un autre auteur évoque la naïveté et le manque de sérieux de certains administrateurs de l'époque : « Pour se donner des apparences de sécurité financière, les sociétés font appel à des personnalités très en vue qui souvent se contentent de donner leur nom, tout en touchant de sérieux tantièmes. »<sup>11</sup>. Les tribunaux et le législateur, à plusieurs reprises, réagirent en frappant plus sévèrement les administrateurs. Mais, ces derniers étaient-ils les véritables coupables ? N'étaient ce pas plutôt l'administrateur délégué ou le directeur général sur lesquels les administrateurs et leur président n'avaient simplement pas exercé un contrôle suffisant ? A la fin de la III<sup>e</sup> République, certains auteurs proposèrent donc de mettre le conseil d'administration en mesure de contrôler véritablement l'administrateur délégué. Leur proposition prévoyait d'imposer d'une part une séparation des fonctions de président du conseil d'administration et d'administrateur délégué et d'autre part la désignation d'un administrateur pour contrôler de manière permanente la gestion de ce dernier<sup>12</sup>.

8.- Le gouvernement de Vichy choisit une voie différente que celle du renforcement du contrôle du conseil d'administration sur le dirigeant: celle de la recherche d'un responsable. Dans un premier temps, par une loi du 18 septembre 1940, il se tourna contre le président du conseil d'administration et renforça de manière draconienne sa responsabilité pénale et pécuniaire. Les termes en étaient d'ailleurs tellement rigoureux qu'il fallut d'ailleurs bientôt les adoucir<sup>13</sup>. Mais la loi du 18 septembre 1940 s'était trompée de cible car le véritable dirigeant était l'administrateur délégué ou le directeur général et non le président du conseil d'administration. Les présidents de conseil d'administration de l'époque ne durent certainement pas manquer de le rappeler aux auteurs de la loi. Aussi par, une loi du 16 novembre 1940, modifiée et précisée par une seconde loi du 4 mars 1943, le gouvernement de Vichy imposa également la concentration des fonctions de président du conseil d'administration et d'administrateur délégué entre les mains d'une seule personne qui prenait le titre de président-directeur général (P-DG). La réforme mettait ainsi fin au risque de dilution des responsabilités entre le président du conseil d'administration et le dirigeant en désignant clairement un seul responsable. De plus, le renforcement de la responsabilité pénale et pécuniaire du président du conseil d'administration devenait soudain plus acceptable puisque, sous un nouveau nom, il devenait désormais le véritable dirigeant de la société

<sup>10</sup> A. Dolbeau, L'évolution du droit des sociétés depuis la guerre, *Revue des sociétés*, novembre 1938, p. 349.

<sup>11</sup> J. Moliérac, La révision de la loi sur les sociétés par actions, *Revue des sociétés*, mars-mai 1933, p. 65.

<sup>12</sup> J. Moliérac, Les modifications à apporter à la législation actuelle dans le régime des Conseils d'Administration, *Revue des sociétés*, février 1939, p.65.

<sup>13</sup> La loi du 18 septembre 1940 avait institué une présomption irréfragable de faute frappant le président du conseil d'administration. Mais, devant l'opposition que cette mesure radicale avait soulevée, le gouvernement de Vichy dut, par la loi du 16 novembre 1940 qui a créé le P-DG, permettre à ce dernier d'échapper à la déchéance et à la responsabilité pécuniaire en faisant la preuve de son absence de faute.

anonyme. Ainsi, le P-DG était déclaré commerçant pour l'application de la loi de 1940 de telle sorte qu'il pouvait éventuellement, en cas de faillite de la société, être soumis aux déchéances et aux lourdes responsabilités pécuniaires attachées aux faillis (ex. : combler une partie ou la totalité du passif en cas de faute de gestion). Pour que cette menace fût véritablement dissuasive, la loi de 1940 imposait que le P-DG fût une personne physique, afin que le véritable dirigeant ne s'abritât pas derrière le voile d'une personnalité morale. Des auteurs ont dénoncé l'influence de l'Allemagne nazie et de l'inquiétant principe du chef (*führerprinzip*) dans l'adoption de ce texte. En réalité, cette influence semble avoir été limitée. En effet, la loi allemande du 30 janvier 1937 avait maintenu le système du directoire et du conseil de surveillance. Elle avait simplement permis qu'il n'y ait éventuellement qu'un seul directeur.

Le titre de P-DG, qui est apparu à cette époque, a dès lors connu un grand succès et bien que la loi du 24 juillet 1966 lui ait substitué celui de président du conseil d'administration, il a continué à être utilisé en pratique. Pour autant, le terme d'administrateur délégué n'a pas totalement disparu. Le code de commerce attribue en effet ce titre à l'administrateur désigné par le conseil d'administration pour remplacer le président en cas de décès ou d'empêchement de celui-ci<sup>14</sup>.

9. - Le retour à la situation d'avant 1940 peut donc sembler paradoxal puisque la concentration des pouvoirs opérée par le P-DG répondait justement au souci de renforcer la responsabilité des dirigeants, ce qui est un objectif du gouvernement d'entreprise. Elle présente cependant un certain intérêt.

## **B - La dissociation des fonctions pourrait permettre d'améliorer le gouvernement d'entreprise**

10. - La dissociation des fonctions pourrait contribuer à une amélioration du gouvernement d'entreprise tant en raison de ses avantages propres que par comparaison avec la structure dualiste à directoire et conseil de surveillance.

### **1°) L'amélioration du contrôle des dirigeants dans les sociétés à conseil d'administration**

11. - Les arguments avancés par les partisans de la dissociation des fonctions sont principalement de deux ordres.

---

<sup>14</sup> Article L. 225-50 actuel du code de commerce. Ancien article 112 de la loi du 24 juillet 1966. « En cas d'empêchement temporaire ou de décès du président, le conseil d'administration peut déléguer un administrateur dans les fonctions de président. En cas d'empêchement temporaire, cette délégation est donnée pour une durée limitée. Elle est renouvelable. En cas de décès, elle vaut jusqu'à l'élection du nouveau président ».

Tout d'abord, la France serait l'un des seuls pays à pratiquer la concentration des pouvoirs. Cet argument tiré de l'utilité d'un alignement sur ce qui se pratique à l'étranger, plus particulièrement en Grande-Bretagne et dans une moindre mesure aux Etats-Unis, n'a guère de valeur en soi. Chaque pays peut avoir son propre modèle juridique qui correspond à ses traditions et à sa mentalité. Cependant, il est vrai que dans un monde de plus en plus internationalisé, le fait pour un pays de se singulariser peut susciter des interrogations auprès des investisseurs étrangers.

Ensuite, et cet argument a plus de poids, la dissociation des fonctions devrait assurer un meilleur équilibre des pouvoirs entre d'une part le conseil d'administration doté d'un président chargé du contrôle quasi quotidien de la gestion, et le directeur général, véritable chef d'entreprise qui serait davantage placé en position de subordination par rapport aux représentants des actionnaires. En fait, les promoteurs du projet espèrent que le président du conseil d'administration pourra faire contrepoids au directeur général. Cet argument a plus de valeur car l'affaiblissement de la position statutaire du chef d'entreprise à l'égard du conseil d'administration pourrait effectivement se traduire par un renforcement significatif du rôle de ce dernier.

12. - Par ailleurs, les risques liés à la dissociation des fonctions ne sont sans doute plus aussi importants aujourd'hui qu'avant 1940. En effet, à cette période les contrôles et les responsabilités pénales frappant les dirigeants étaient peu développés. Il était donc d'autant plus nécessaire de singulariser un individu pour pouvoir facilement le tenir responsable des éventuelles fautes juridiques ou de gestion. Or, aujourd'hui, les risques attachés à une « redissociation » des fonctions ne sont plus aussi importants en raison du renforcement des contrôles pesant sur les sociétés anonymes.

D'une part, la législation commerciale s'est développée dans le sens d'une plus grande rigueur. La loi de 1966, désormais intégrée dans le code de commerce, fut truffée de dispositions pénales protectrices des actionnaires. De même, certaines incriminations pénales sont devenues d'application "courante". C'est le cas par exemple de l'abus de biens sociaux. Enfin, le droit des procédures collectives inclut divers dispositifs permettant de sanctionner les dirigeants dans leur patrimoine.

D'autre part, le législateur a renforcé les contrôles indépendants pesant sur toutes les sociétés (ex. : les commissaires aux comptes) et en a créé de nouveaux pour les sociétés cotées (ex. : la Commission des opérations de bourse), celles qui sont plus particulièrement visées par les thèses du gouvernement d'entreprise.

13. - Les risques évoqués par une doctrine éminente d'une dilution des responsabilités<sup>15</sup>, même s'ils existent, doivent donc être relativisés au regard de ce nouveau contexte. De plus, les fonctions, et donc les responsabilités, des différents organes de la société anonyme sont beaucoup plus clairement déterminés qu'avant 1940. Le risque de dilution des responsabilités est donc moins élevé.

---

<sup>15</sup> Y. Guyon, Faut-il dissocier la présidence du conseil d'administration de la direction générale des sociétés anonymes ?, *Rev. Lamy dr. Aff.*, avr. 1999, p. 3.

L'utilité d'une réforme instituant la dissociation des fonctions peut également se justifier par le fait que les sociétés cotées et surtout les sociétés non cotées n'ont guère choisi la structure dualiste.

## 2°) L'inadaptation de la formule dualiste

14. - Deux raisons de nature différentes, l'une pratique et l'autre théorique, expliquent que la formule dualiste n'ait sans doute été que peu choisie par les sociétés anonymes. La première raison, d'ordre pratique, est probablement que l'adoption par une société anonyme de la structure à directoire et à conseil de surveillance entraîne une perte significative de pouvoir pour le chef d'entreprise qui occupait précédemment les fonctions de président du conseil d'administration.

Tout d'abord, il n'est pas possible d'avoir un directeur général unique dans les sociétés cotées, celles principalement concernées par les débats sur le gouvernement d'entreprise. En effet, cette possibilité est uniquement admise dans les sociétés dont le capital est inférieur à 1 Million de francs<sup>16</sup>. Or, les sociétés cotées, et plus précisément celles qui font appel public à l'épargne, doivent disposer d'un capital minimum de 1,5 Million de francs<sup>17</sup>. Une société cotée choisissant la formule dualiste est donc obligée de disposer d'un directoire et ne peut se contenter de nommer un directeur général unique.

Ensuite, le président du directoire, empêché de gouverner seul, ne peut pas concentrer les pouvoirs du directoire entre ses mains pour se placer dans une situation proche de celle du président du conseil d'administration. Certes, l'article L. 225-64 du code de commerce<sup>18</sup> dispose que le directoire délibère et prend ses décisions dans les conditions fixées par les statuts, ce qui laisse éventuellement une certaine liberté dans la répartition du pouvoir et des droits de vote entre les membres du directoire. Le président du directoire pourrait ainsi bénéficier d'un droit de vote plural. Cependant, cette liberté ne peut aller jusqu'à favoriser le président du directoire au point de faire perdre au directoire le caractère collégial voulu par la loi.

De ce fait, le choix d'une structure où les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général sont dissociées pourrait paraître plus attractive aux actuels P-DG que la formule dualiste puisqu'elle entraînera une perte de pouvoir plus limitée. Le directeur général, continuera en effet à assurer seul, sous le contrôle du conseil d'administration, la gestion de la société.

15. - La seconde raison, plus théorique, est que la structure dualiste, dans sa mise en œuvre actuelle, ne correspond pas, par certains aspects, à l'esprit du gouvernement d'entreprise.

En effet, les partisans du gouvernement d'entreprise plaident pour un renforcement des contrôles des actionnaires sur les dirigeants. Or, dans la structure dualiste, la révocation des

<sup>16</sup> Article L. 225-58 actuel du code de commerce. Ancien article 119 de la loi du 24 juillet 1966.

<sup>17</sup> Article L. 224-2 actuel du code de commerce. Ancien article 71 de la loi du 24 juillet 1966.

<sup>18</sup> Ancien article 124 de la loi du 24 juillet 1966.

membres du directoire par les actionnaires ne peut intervenir que sur proposition du conseil de surveillance et non pas sur décision *proprio motu* de l'assemblée générale des actionnaires. Ces derniers sont donc dépossédés dans la formule dualiste d'un pouvoir dont ils réclament au contraire le renforcement. Cette situation pourrait d'ailleurs évoluer puisque le projet de loi NRE déposé par le Gouvernement sur le bureau de l'Assemblée nationale prévoyait que les actionnaires pourraient désormais révoquer les membres du directoire, même en l'absence d'une proposition du conseil de surveillance. Cette disposition, votée par l'Assemblée nationale, n'a pas été reprise par le Sénat. Si elle était adoptée en dernière lecture, la distinction entre société à conseil d'administration et à conseil de surveillance s'estomperait donc fortement et la structure dualiste deviendrait plus conforme à l'esprit du gouvernement d'entreprise.

Par ailleurs, et cet élément n'est guère conforme à l'esprit du gouvernement d'entreprise, la révocation des membres du directoire doit intervenir pour juste motif. Certes, une révocation peut toujours intervenir en l'absence de juste motif, mais en cas de contestation par le membre révoqué du directoire, la société pourra être condamnée à lui verser des dommages-intérêts. Le versement de dommages-intérêts à des membres du directoire révoqués pourrait donc inhiber les velléités de révocation des actionnaires.

16. - La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général pourrait donc permettre une amélioration du gouvernement d'entreprise et constituerait une alternative intéressante par rapport à la structure à conseil de surveillance et à directoire. Il convient cependant d'examiner les conditions de mise en œuvre de cette réforme pour en déterminer la portée et voir si elles sont conformes à l'esprit du gouvernement d'entreprise.

## **II La réforme prévue par le projet de loi NRE comporte cependant des lacunes et des insuffisances du point de vue du gouvernement d'entreprise**

17. - Le succès de la réforme dépend de la capacité du législateur à évoluer entre deux écueils. D'un côté, il ne faut pas que le choix de la formule de dissociation des fonctions conduise à donner aux actionnaires la garantie fallacieuse d'une meilleure répartition des pouvoirs et d'un meilleur contrôle des dirigeants. La réforme n'aurait alors servi à rien, si ce n'est à rendre plus complexe le droit des sociétés. D'un autre côté, il ne faut pas non plus que les actuels dirigeants rejettent cette formule car elle entraînerait pour eux une diminution trop importante de leurs pouvoirs.

Le projet de loi a cherché à promouvoir un équilibre entre ces deux contraintes. Cependant, tant le régime des directeurs généraux que celui des autres organes de la société anonyme présentent, en l'état, des lacunes et des insuffisances par rapport aux exigences du gouvernement d'entreprise.

## **A - Le régime des directeurs généraux**

18. - Le projet de loi NRE fixe le régime du directeur général qui se voit doté de pouvoirs similaires à ceux de l'ancien président du conseil d'administration et qui peut être entouré, comme avant, d'un certain nombre de directeurs généraux qui sont désormais qualifiés de délégués.

### **1°) Le régime applicable au directeur général**

19. - Le projet de loi détermine les pouvoirs du directeur général ainsi que son statut. Le directeur général hérite des pouvoirs de gestion et de représentation de l'ancien président du conseil d'administration<sup>19</sup>. Cette solution s'impose tant par souci d'efficacité que pour rendre le statut de directeur général attractif pour les actuels présidents du conseil d'administration. Le directeur général dispose également du pouvoir de convoquer le conseil d'administration<sup>20</sup>. Cette disposition est nécessaire car elle permettra au conseil d'administration de trancher, à la demande du directeur général, un éventuel conflit que ce dernier aurait avec le président du conseil d'administration. De plus, cette disposition est utile pour permettre au conseil de se prononcer rapidement sur une décision importante que voudrait lui soumettre le directeur général (ex : lancement d'une offre publique d'acquisition).

20. - En ce qui concerne son statut, le projet de loi prévoit qu'il ne peut y avoir qu'un seul directeur général. Cette solution, qui était déjà celle applicable au président du conseil d'administration, est logique car il ne peut effectivement y avoir qu'un seul chef d'entreprise, sauf à prendre le risque d'une dilution des responsabilités. De même, le directeur général devra nécessairement être une personne physique<sup>21</sup>, ce qui est aussi le cas des présidents de conseils d'administration et des directeurs généraux actuels. Cette solution s'impose également car, bien que le nouveau code pénal admette dans certains cas la responsabilité pénale des personnes morales, il aurait été imprudent de renoncer à la garantie que représente une responsabilité pénale personnelle des dirigeants. Enfin, le projet de loi NRE prévoit que le directeur général est, comme le président du conseil d'administration, nommé et révoqué par le conseil d'administration.

Le projet de loi déposé devant l'Assemblée nationale réalisait cependant une petite révolution en prévoyant que le directeur général n'était révocable que pour juste motif. Cette disposition vise peut-être à prendre en compte la tendance jurisprudentielle, mise en lumière par la

<sup>19</sup> Article L. 225-56 nouveau du code de commerce.

<sup>20</sup> Article L 225-36-1 nouveau du code de commerce : « Le directeur général peut également demander au président de convoquer le conseil d'administration sur un ordre du jour déterminé. Le président est lié par les demandes qui lui sont adressées en vertu des deux alinéas précédents. ».

<sup>21</sup> Article L. 225-51-1 nouveau du code de commerce : « La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général. ».

doctrine<sup>22</sup>, qui tend à vider de sa substance le principe de révocation *ad nutum* des administrateurs et du président du conseil d'administration. Cependant, elle est incohérente avec l'objectif affiché de renforcement du gouvernement d'entreprise et la révocation pour juste motif a été supprimée par le Sénat, sans que le Gouvernement ne s'y oppose. Il faut donc souhaiter que l'Assemblée nationale ne la rétablisse pas malgré l'avis de sa commission des finances<sup>23</sup>.

21. - Par ailleurs, dans le projet de loi initial, le directeur général, personne physique, ne pouvait plus occuper qu'un seul poste de cette nature alors que les actuels présidents du conseil d'administration peuvent cumuler deux postes. Cette exigence nouvelle était critiquable car il n'y avait pas de raison d'être plus sévère avec le directeur général, sous le nouveau régime, qu'avec le président du conseil d'administration, sous l'ancien régime. Le Sénat a donc autorisé le cumul de deux mandats de directeur général<sup>24</sup>. La commission des finances de l'Assemblée nationale a malheureusement rétabli le texte initial qui interdit tout cumul de ces fonctions. Autre divergence, lorsque le directeur général est également administrateur, le Sénat avait prévu que la durée de son mandat serait limitée à celle de son mandat d'administrateur<sup>25</sup>. C'est la solution actuellement retenue pour le président du conseil d'administration<sup>26</sup> et les directeurs généraux<sup>27</sup>. La commission des finances de l'Assemblée nationale a supprimé cette disposition qui ne s'impose effectivement pas car, contrairement au président du conseil d'administration, le directeur général n'est pas obligatoirement administrateur. Il n'est donc pas nécessaire de lier les deux fonctions et ce changement doit donc être approuvé.

Enfin, le projet de loi NRE opère quelques ajustements techniques. Ainsi, il étend au directeur général les responsabilités qui incombaient auparavant aux seuls administrateurs, y compris le président du conseil d'administration. Le directeur général est désormais, comme les administrateurs, responsable « des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion »<sup>28</sup>. Il peut également être visé par une action sociale *ut singuli*<sup>29</sup>. Il ne peut pas voir une action en responsabilité contre lui éteinte du fait d'un vote favorable des actionnaires<sup>30</sup>. Enfin, le régime de la prescription de l'action en responsabilité applicable aux administrateurs lui est également applicable<sup>31</sup>.

22. - Cependant le régime du directeur général, tel qu'il résulte du projet de loi NRE, souffre de lacunes et d'insuffisances, qui trahissent peut-être une certaine précipitation du Gouvernement et du législateur.

<sup>22</sup> Marie-Hélène de Laender, La révocation des dirigeants sociaux, *Droit des sociétés*, mai 2000, chron. n°9, p.4.

<sup>23</sup> La commission des finances de l'Assemblée nationale a rétabli le principe de la révocation pour juste motif du directeur général.

<sup>24</sup> Article L. 225-54-1 nouveau du code de commerce.

<sup>25</sup> Article L. 225-56 nouveau du code de commerce.

<sup>26</sup> Article L. 225-47 actuel du code de commerce.

<sup>27</sup> Article L. 225-56 actuel du code de commerce.

<sup>28</sup> Article L. 225-251 nouveau du code de commerce.

<sup>29</sup> Article L. 225-252 nouveau du code de commerce.

<sup>30</sup> Article L. 225-253 nouveau du code de commerce.

<sup>31</sup> Article L. 225-254 nouveau du code de commerce.

Tout d'abord, il est incomplet sur plusieurs points. En premier lieu, il a oublié de modifier l'article L. 225-129 du code de commerce pour indiquer que le bénéficiaire de la délégation que peut consentir le conseil d'administration pour réaliser une augmentation de capital est le directeur général et non pas le président du conseil d'administration. Cet oubli devrait être corrigé par le législateur car ce pouvoir doit appartenir au chef d'entreprise. En ce qui concerne l'émission d'obligations, le législateur a fait le même oubli mais l'omission est réparable sans avoir à modifier le texte. En effet, l'article L. 228-41 du code de commerce dispose que le conseil d'administration peut « déléguer à son président ou à toute personne de son choix, membre du conseil d'administration ou du directoire, les pouvoirs ... » nécessaires pour procéder à l'émission d'obligations. Le conseil d'administration peut donc déléguer ces pouvoirs au directeur général dès lors que ce dernier est également administrateur. Néanmoins, il vaudrait mieux indiquer dans la loi que le pouvoir de procéder à une émission d'obligation peut être délégué au directeur général.

En second lieu, la loi a oublié de prévoir le régime de substitution temporaire applicable en cas de vacance temporaire ou définitive du directeur général et qui est pourtant réglé en cas de vacance du président du conseil d'administration<sup>32</sup>. Le législateur s'est simplement contenté d'indiquer que les directeurs généraux délégués conservaient leurs fonctions et attributions jusqu'à l'élection du nouveau directeur général<sup>33</sup>. Il serait souhaitable que le législateur répare cet oubli. La loi pourrait prévoir que le conseil d'administration nomme un de ses membres ou un directeur général qui pourrait prendre, par exemple, le nom de directeur général *pro tempore* ou substitué.

23. - Ensuite, le choix du titre de directeur général n'est peut-être pas très heureux. Le législateur aurait pu penser à celui d'administrateur délégué qui fut porté en France et qui l'est encore par de nombreux chefs d'entreprises à l'étranger<sup>34</sup>. Le législateur a semble-t-il craint que ce terme ne soit pas assez prestigieux aux yeux des chefs d'entreprise. Beaucoup de chefs d'entreprises étrangers s'en contentent pourtant et le terme de directeur général sonne-t-il vraiment mieux ? Quoiqu'il en soit, le choix du terme de directeur général de société à conseil d'administration comporte un nouveau risque de confusion avec celui de directeur général d'une société à directoire<sup>35</sup>. Le nom de ce dernier aurait donc pu être modifié pour devenir directeur général délégué par souci de clarté à l'égard des tiers. Certes, à l'égard des tiers, les pouvoirs de représentation sont les mêmes. Cependant, il n'est pas du tout indifférent pour un tiers de savoir s'il traite avec le chef d'entreprise ou avec l'équivalent d'un directeur général délégué, c'est à dire d'un second. Ce risque de confusion aurait également pu être évité si le directeur général avait reçu le titre directeur général exécutif, comme l'avait proposé le rapport Viénot II et l'ANSA. Cependant, cette appellation n'était guère satisfaisante grammaticalement car la fonction de direction générale est par définition une fonction exécutive. Quel que soit le choix du législateur, il serait en tout cas souhaitable que, pour limiter les risques de confusion, le décret qui doit fixer les conditions d'information des tiers

<sup>32</sup> Article L. 225-50 actuel du code de commerce.

<sup>33</sup> Article L. 225-55 alinéa 3 nouveau du code de commerce.

<sup>34</sup> Le remplaçant du président du conseil d'administration aurait alors pu prendre le titre d'administrateur substitué pour éviter tout risque de confusion.

<sup>35</sup> Un directeur général d'une société à directoire est un membre du directoire qui dispose du pouvoir d'engager la société.

et qui est prévu par l'article L. 225-51-1 alinéa 2 nouveau du code de commerce impose que la forme retenue, concentration ou dissociation des fonctions, soit indiquée sur tous les documents destinés aux tiers comme c'est aujourd'hui le cas lorsque la formule choisie est celle de directoire et de conseil de surveillance<sup>36</sup>.

## 2°) Le régime applicable aux directeurs généraux délégués

24. - Le directeur général peut s'entourer d'un ou de plusieurs directeurs généraux délégués c'est-à-dire d'une équipe de direction. Le statut de ces directeurs généraux délégués (DGD) est précisé par le projet de loi NRE. L'expression de directeur général adjoint (DGA) aurait d'ailleurs été plus exacte sociologiquement car il est avant tout un adjoint, un auxiliaire du directeur général. L'expression de directeur général adjoint figurait d'ailleurs déjà dans la loi, avant 1966, et la pratique les connaît encore. Cependant, le qualificatif d'adjoint aurait durement rappelé à tous que le directeur général adjoint n'est qu'un subordonné. L'expression de directeur général délégué est, de ce point de vue, plus neutre et donc préférable. De plus, l'expression de «délégué » n'est pas inexacte juridiquement puisqu'elle rappelle que dans l'ordre interne les directeurs généraux délégués tiennent leurs pouvoirs du conseil d'administration.

Les directeurs généraux actuellement en fonction conserveront leur fonctions et prendront automatiquement le titre de directeur général délégué<sup>37</sup>. Les futurs directeurs généraux délégués seront, comme aujourd'hui, nommés par le conseil d'administration sur proposition du directeur général<sup>38</sup>. Par ailleurs, le régime des conventions réglementées est amendé pour inclure dans son champ d'application les nouveaux directeurs généraux délégués.

25. - Le nouvel article L. 225-53 du code de commerce introduit cependant une nouveauté importante. En effet, l'actuel article L. 225-53 du code de commerce limite le nombre de directeurs généraux à trois ou à cinq selon le montant du capital<sup>39</sup>. Le texte voté par l'Assemblée nationale prévoyait que le nombre de directeurs délégués serait désormais plafonné à cinq sans considération du montant du capital. Le Sénat, dans le souci de renforcer la contractualisation du droit des sociétés, a supprimé cette limitation à cinq et a laissé aux statuts le soin de fixer le nombre maximum de directeurs généraux délégués<sup>40</sup>. La commission des finances de l'Assemblée nationale a toutefois rétabli la limitation du nombre de directeurs généraux délégués à cinq.

---

<sup>36</sup> Article 56 alinéa 2 du décret du 23 mars 1967.

<sup>37</sup> Article 70-III du projet de loi NRE.

<sup>38</sup> Article L. 225-53 nouveau du code de commerce.

<sup>39</sup> Article L. 225-53 actuel du code de commerce : « Sur la proposition du président, le conseil d'administration peut donner mandat à une personne physique d'assister le président à titre de directeur général. Deux directeurs généraux peuvent être nommés dans les sociétés dont le capital est au moins égal à 500 000 F, et cinq directeurs généraux dans les sociétés dont le capital est au moins égal à 10 000 000 F à condition que trois d'entre eux au moins soient administrateurs. Le conseil détermine leur rémunération.».

<sup>40</sup> Si cette disposition demeurait dans le texte définitif, le nombre de directeurs généraux délégués deviendrait donc potentiellement très élevé. Il serait alors sans doute prudent que les statuts fixent un nombre maximum qui reste raisonnable sans quoi la société risquerait d'être engagée trop facilement.

26. - Le projet de loi NRE introduit ensuite une deuxième nouveauté importante. En effet, si chaque directeur général délégué reste révocable à tout moment par le conseil d'administration sur proposition du directeur général, c'est désormais uniquement pour juste motif. Le Sénat n'a pas modifié sur ce point le texte voté par l'Assemblée nationale. Cette éventuelle différence de traitement entre le directeur général et les directeurs généraux délégués est elle justifiée ? Pas vraiment, mais la disparition de la révocabilité *ad nutum* pour les directeurs généraux délégués ne porte pas une atteinte très forte aux principes du gouvernement d'entreprise.

27. - Enfin, troisième nouveauté, lorsque le directeur général délégué est également administrateur, ses fonctions ne prendront plus fin automatiquement avec son mandat d'administrateur. C'est la solution retenue par l'Assemblée nationale pour le directeur général et qui est étendue au directeur général délégué. Cette disposition avait été rejetée par le Sénat mais la commission des finances de l'Assemblée nationale l'a rétabli.

28. - Si le nouveau modèle de direction générale est adopté, l'équipe de direction ne se distinguerà plus beaucoup de celle constituée par le directoire. La différence principale résidant dans le caractère collégial du directoire et dans le statut du président. Ainsi, paradoxalement, l'apparition d'un nouveau mode d'organisation des sociétés anonymes devrait s'accompagner d'un rapprochement entre la formule à conseil d'administration et la formule à directoire et à conseil de surveillance.

Enfin, les autres organes de la société anonyme sont concernés par cette réforme et il est donc nécessaire d'étudier leur rôle en cas de dissociation des fonctions.

## **B - Le régime des autres organes de la société anonyme**

29. - Le choix de la dissociation des fonctions affecte l'équilibre des pouvoirs au sein de la société anonyme, ce qui est le but recherché. Cependant, les pouvoirs conférés aux actionnaires et au conseil d'administration ne semblent pas toujours refléter les souhaits du gouvernement d'entreprise.

### **1°) L'assemblée générale des actionnaires**

30. - Le projet de loi NRE, tel qu'amendé et voté par le Sénat, ne donne pas aux actionnaires le pouvoir de décider du cumul ou de la dissociation des pouvoirs de président du conseil d'administration et de directeur général. Ce pouvoir appartient au conseil d'administration.

Les actionnaires doivent quand même être consultés car l'article L. 255-51-1 alinéa 2 nouveau du code de commerce dispose que « Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale... ». L'assemblée générale extraordinaire, compétente puisqu'il s'agit d'une modification des statuts, devra donc indiquer les règles que devra respecter le conseil d'administration dans son

choix : majorité simple ou qualifiée<sup>41</sup>, modalités de passage d'une formule à l'autre (par exemple, changement uniquement à la clôture d'un exercice ou en cours d'exercice ; changement uniquement après une assemblée générale ordinaire ce qui permettrait au moins une information des actionnaires), etc ... Par contre, les statuts ne pourront pas exiger un quorum renforcé au sein du conseil d'administration, car cette disposition est réputée non écrite par l'article L. 225-37 alinéa premier du code de commerce<sup>42</sup>. En fonction des règles adoptées, l'assemblée pourrait rendre plus difficile le choix d'une formule ou de l'autre et indiquer ainsi sa préférence.

Le fait de confier au conseil d'administration le choix entre les deux modalités d'exercice de la direction générale était demandé par le rapport Viénot II<sup>43</sup> et répond sans doute à un impératif de souplesse, mais cette solution ne semble guère conforme aux principes du gouvernement d'entreprise. En effet, la compétence de principe pour décider de la dissociation des fonctions aurait dû plutôt revenir aux actionnaires et non au conseil d'administration. Cette solution aurait été cohérente avec la volonté affichée de renforcer les pouvoirs des actionnaires. Elle aurait également été cohérente avec la solution adoptée en matière de choix entre la structure à conseil d'administration et la structure à conseil de surveillance et directoire<sup>44</sup>. De plus, cette solution aurait également amélioré l'information des tiers puisque l'indication de la formule adoptée par la société aurait figuré directement dans les statuts. Enfin le fait de confier le pouvoir de décision au conseil d'administration laisse la porte ouverte à certains abus. En effet, dans une société pratiquant le cumul des fonctions, si les actionnaires décidaient de révoquer indirectement le président-directeur général en lui faisant perdre son poste d'administrateur, le conseil d'administration pourrait réduire à néant cette mesure en votant la dissociation des fonctions, puis en nommant directeur général l'ancien P-DG. Celui-ci deviendrait donc inamovible, sauf pour les actionnaires mécontents à renverser tout le conseil d'administration ce qui est plus délicat que de révoquer son seul président. Si le pouvoir de décider le passage d'une formule à l'autre avait été laissé aux actionnaires, ce risque d'abus n'existerait pas<sup>45</sup>. Il serait donc souhaitable de revenir au texte initial du projet de loi déposé par le Gouvernement qui prévoyait que la décision était prise par l'assemblée générale des actionnaires

31. - Dans son désir de favoriser la diffusion rapide de la dissociation des fonctions au sein des sociétés cotées, le Gouvernement avait prévu que, pour les sociétés cotées existantes, elle deviendrait le droit commun, sauf si l'assemblée générale extraordinaire avait, dans un certain délai, autorisé le cumul. C'était en pratique imposer la nouvelle formule aux sociétés cotées existantes car le législateur attendait que les investisseurs étrangers votent contre le maintien

<sup>41</sup> Y. Guyon, *Traité des sociétés*, *LGDJ*, 4<sup>ème</sup> édition, n°174.

<sup>42</sup> Y. Guyon, *op. cit.*, n°174. Article L. 225-37 alinéa premier actuel du code de commerce: « Le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Toute clause contraire est réputée non écrite. ».

<sup>43</sup> AFEP-MEDEF, Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot, juillet 1999, p. 8.

<sup>44</sup> Article L. 225-57 actuel du code de commerce. Ancien article 118 de la loi du 24 juillet 1966.

<sup>45</sup> Ce danger de détournement de la loi n'aurait pas non plus existé si le projet de loi avait prévu que le directeur général devait être obligatoirement choisi parmi les administrateurs. Dans ce cas, le directeur général aurait encore pu être révoqué par les actionnaires même si cela n'aurait pu avoir lieu qu'à la prochaine assemblée générale.

du cumul. Les sociétés non cotées, elles, pouvaient conserver leur mode d'organisation sans délibération particulière de leur assemblée générale. L'Assemblée nationale avait maintenu cette disposition mais le Sénat a estimé à juste titre qu'elle était autoritaire et risquait de perturber le bon fonctionnement des sociétés cotées<sup>46</sup>. Il est certain qu'une telle disposition ne s'accordait que peu avec l'idée de régulation qui postule de laisser une grande liberté aux acteurs privés plutôt que de leur imposer une solution. La commission des finances a cependant rétabli le texte initial déposé par le Gouvernement, ce qui est regrettable.

32. - Un autre point critiquable du projet de loi consiste dans le fait que ce dernier n'impose pas, comme c'est le cas aujourd'hui pour le président du conseil d'administration, que le directeur général soit choisi parmi les membres du conseil d'administration.

Certes, le fait de choisir le directeur général parmi les administrateurs pourrait conduire le directeur général à regagner au sein du conseil d'administration l'influence que le projet de loi cherche justement à lui faire perdre. Sa participation, avec voix délibérative aux réunions du conseil d'administration influencera évidemment les administrateurs. Cependant, cet éloignement du directeur général se fait à un prix fort pour les actionnaires. En effet, aujourd'hui, ils peuvent révoquer indirectement le président du conseil d'administration qui est actuellement le chef d'entreprise. Il suffit qu'ils le révoquent de son poste d'administrateur ce qui met fin automatiquement à sa fonction de président du conseil d'administration. Avec la nouvelle formule, le directeur général, c'est-à-dire, le chef d'entreprise ne sera plus révocable par les actionnaires. Y a-t-il là vraiment un progrès du gouvernement d'entreprise ? De plus, l'avantage supposé consistant à éloigner le directeur général des membres du conseil d'administration semble bien illusoire. Rien n'empêchera le directeur général d'être également administrateur. Quand bien même il ne le serait pas, il assistera de toutes façons à de nombreuses réunions du conseil d'administration et le pouvoir qu'il n'aura plus par le vote, il le conservera par la parole. Le rapport Viénot II préconisait que le directeur général devait être obligatoirement administrateur et il est dommage qu'il n'ait pas été suivi sur ce point<sup>47</sup>.

Il est donc souhaitable que le directeur général soit obligatoirement choisi parmi les membres du conseil d'administration. Cela permettrait aux actionnaires de pallier l'éventuelle mauvaise volonté du conseil d'administration, sa carence ou sa complaisance à l'égard du directeur général et de conserver un pouvoir qui ne peut que leur paraître naturel. Il est d'ailleurs paradoxal que le projet de loi NRE retire aux actionnaires le droit de révoquer le chef d'entreprise dans la formule à conseil d'administration mais a prévu de le leur donner dans la société à directoire, en supprimant l'obligation de proposition du conseil de surveillance<sup>48</sup>. Le

<sup>46</sup> Le Sénat a préféré indiquer que lorsque les sociétés anonymes, cotées ou non cotées, immatriculées avant la promulgation de la loi n'avaient pas respecté le délai de 18 mois pour convoquer une assemblée générale extraordinaire afin de modifier leurs statuts et d'organiser les conditions de leur choix, tout intéressé pouvait demander au président du tribunal d'enjoindre au conseil d'administration de convoquer l'assemblée.

<sup>47</sup> AFEP-MEDEF, Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot, juillet 1999, p. 10.

<sup>48</sup> L'article 58 du projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, et voté par elle disposait que « Les membres du directoire ou le directeur général unique peuvent être révoqués par l'assemblée générale, ainsi que, si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance ». Le Sénat a supprimé cet article mais la commission des finances de l'Assemblée nationale l'a rétabli ce qui laisse augurer que cette disposition figurera dans le texte de loi final.

projet de loi NRE n'est guère logique. Les sociétés qui le souhaiteront pourront cependant toujours réparer cet «oubli » du législateur en prévoyant dans les statuts que le directeur général doit être obligatoirement choisi parmi les membres du conseil d'administration<sup>49</sup>.

## **2°) Le conseil d'administration et le président du conseil d'administration**

33. - Le succès de la nouvelle formule dépend de l'équilibre entre le conseil d'administration et son président d'un coté, et le directeur général d'un autre coté. De ce point de vue, l'objectif d'un renforcement du conseil d'administration semble réalisable.

### *a) Le conseil d'administration*

34. - Le conseil d'administration voit ses fonctions et ses pouvoirs précisés. Ainsi, en plus de ses anciens pouvoirs de gestion qui sont désormais formulés de manière plus restrictive<sup>50</sup>, il « détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre »<sup>51</sup>. Le conseil d'administration demeure donc un organe de gestion et d'orientation mais sa fonction de contrôle se trouve mise en avant puisqu'il veille à la mise en œuvre des grandes orientations de la société ce qui le rapproche du conseil de surveillance.

Le projet de loi NRE s'occupe également des administrateurs. Tout d'abord, il réduit de huit à cinq le nombre de mandats d'administrateur de sociétés anonymes que peut occuper simultanément une personne physique<sup>52</sup>. Le projet de loi veille donc à ce que les administrateurs consacrent davantage de temps à leurs fonctions. Ensuite, les pouvoirs des administrateurs sont également précisés et la loi dispose que « Chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles »<sup>53</sup>. Cet ajout est positif car il devrait inciter les administrateurs à exercer leurs pouvoirs individuels maintenant qu'ils sont expressément prévus par la loi et donc incontestables. Cela devrait également renforcer la position des membres des comités spécialisés (comités de sélection, des rémunérations et d'audit) qui ne comprennent que certains membres du conseil d'administration.

Le président du conseil d'administration est chargé de veiller au respect de ce droit d'investigation reconnu à chaque administrateur<sup>54</sup>. Cette disposition doit être approuvée car elle devrait conduire à responsabiliser le président du conseil d'administration. Cependant, il faut bien reconnaître que lorsque le président du conseil d'administration sera également

<sup>49</sup> Y. Guyon, *op. cit*, n°140.

<sup>50</sup> Article L. 225-35 alinéa 1 nouveau du code de commerce. : le conseil d'administration « se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. ».

<sup>51</sup> Article 225-35 alinéa 1 nouveau du code de commerce.

<sup>52</sup> Article L. 225-21 nouveau du code de commerce.

<sup>53</sup> Article L. 225-35 alinéa 1 nouveau du code de commerce.

<sup>54</sup> L'article L. 225-51 nouveau du code de commerce dispose que « Le président du conseil d'administration organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission. ».

directeur général, les obstacles mis par les dirigeants aux demandes d'information des administrateurs auront peu de chance d'être surmontés à l'amiable.

*b) Le président du conseil d'administration*

35. - Le statut du président du conseil d'administration, qui doit rester une personne physique<sup>55</sup>, est également précisé sur plusieurs points.

Le président du conseil d'administration est toujours élu par le conseil d'administration et reste révocable *ad nutum* par ce dernier. Le président du conseil d'administration demeure également, comme c'est le cas actuellement, soumis à une interdiction de détenir simultanément plus de deux mandats<sup>56</sup>. Ceci montre bien l'importance que le législateur attribue à son rôle dans la nouvelle formule. Cependant, la loi dispose que désormais, il « organise et dirige les travaux (du conseil d'administration), dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leurs fonctions.»<sup>57</sup>. Il perd donc son pouvoir de direction générale, et également de représentation de la société à l'égard des tiers, pour exercer une fonction qui est cependant loin d'être simplement qu'honorifique. En effet, ce que la loi ne dit pas mais qui découle naturellement de ses fonctions, c'est que le président du conseil d'administration sera un organe qui exercera un contrôle permanent sur les dirigeants. Il aura normalement son bureau dans la société et un accès direct aux employés et aux commissaires aux comptes. Le succès de la réforme repose donc sur le président du conseil d'administration qui devient la clef de voûte du nouveau système, puisqu'il assurera l'équilibre entre les actionnaires, représentés par le conseil d'administration, et les gestionnaires, représentés par le directeur général et ses adjoints.

36. - Pour que la réforme contribue encore plus à renforcer le gouvernement d'entreprise, il conviendrait que le président du conseil d'administration soit choisi parmi les administrateurs indépendants. Etais-il nécessaire de le prévoir dans la loi ? Sans doute pas car la notion d'indépendance est assez floue et elle ne figure pas dans le code de commerce. De plus, il sera encore plus difficile de trouver des présidents du conseil d'administration que des administrateurs, qui soient à la fois indépendants et compétents. L'expérience des présidents de conseil de surveillance montre d'ailleurs qu'il s'agit souvent d'anciens dirigeants de la société, qui la connaissent donc bien, mais qui ne sont généralement pas indépendants des dirigeants qui leur ont succédé. Les statuts pourraient éventuellement palier au silence de la loi et prévoir que le président du conseil d'administration doit obligatoirement être choisi parmi les administrateurs indépendants<sup>58</sup>. Cependant, les mêmes raisons que celles qui plaident en défaveur d'une disposition législative restent valables ici. Il appartiendra donc à la COB, en ce qui concerne les sociétés faisant appel public à l'épargne, de veiller à ce que les

<sup>55</sup> Article L. 225-51-1 nouveau du code de commerce : « La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général. ».

<sup>56</sup> Article L. 225-49 nouveau du code de commerce.

<sup>57</sup> Article L. 225-36-1 nouveau du code de commerce.

<sup>58</sup> Y. Guyon, *op. cit.*, n°173.

présidents de conseil d'administration assurent effectivement leurs fonctions avec le plus d'indépendance possible.

37. – Par ailleurs, plusieurs remarques peuvent être faites lorsque le président du conseil d'administration cumulera ses fonctions avec celle de directeur général.

Tout d'abord, lorsque le président du conseil d'administration cumulera cette fonction avec celle de directeur général, la loi n'indique pas quel titre il prend. Elle aurait pu pourtant rétablir le terme de P-DG<sup>59</sup>. De ce fait, rien dans la loi n'est prévu pour permettre aux tiers de distinguer le président du conseil d'administration qui assume la direction générale de celui qui ne l'assume pas. Il y a donc un risque de confusion que la pratique se chargera sans doute d'écartier en utilisant le titre de P-DG.

Ensuite, la révocation du P-DG de son poste d'administrateur par les actionnaires entraînera-t-elle à la fois, comme c'est le cas aujourd'hui, la perte de sa fonction de président et de sa fonction de directeur général ? Une réponse positive s'impose. En effet, le choix du cumul des fonctions par le conseil d'administration implique que la même personne exerce les fonctions de président et de directeur général. Il n'est donc pas possible de révoquer cette personne de l'un de ses deux postes sans lui faire perdre également l'autre car ce serait alors changer implicitement de formule et établir la dissociation des fonctions. De plus, actuellement, le président du conseil d'administration, qui cumule les deux fonctions, les perd en même temps et il n'y aucune de raison de penser que le législateur a souhaité une modification de l'état du droit sur ce point. Cependant, le conseil d'administration pourra toujours, comme évoqué plus haut, contrecarrer une révocation du P-DG décidée indirectement par les actionnaires, en votant dans l'urgence la dissociation des fonctions et en nommant le P-DG révoqué au poste de directeur général. Ceci conduit à regretter, là encore, que le pouvoir de décider la dissociation des fonctions n'ait pas été laissé aux actionnaires, comme prévu dans le texte gouvernemental, ou à tout le moins que le directeur général ne soit pas obligatoirement choisi parmi les administrateurs.

Enfin, quel sera le régime applicable à la révocation du président du conseil d'administration qui exercera également les fonctions de directeur général : révocation *ad nutum*, qui est prévue pour le président, ou révocation pour juste motif, qui est celle prévue par le projet de loi NRE pour le directeur général ? Il n'est pas possible de concilier ces deux régimes et de considérer que la révocation en tant que président se ferait *ad nutum* tandis que la révocation en tant que directeur général se ferait pour juste motif. En effet, s'il est vrai qu'il y a un cumul des fonctions de président et de directeur général, la révocation du P-DG ne peut cependant être faite qu'en bloc et ne peut donc être soumise qu'à un seul régime. La solution semble pouvoir être trouvée dans la lecture de l'article L. 225-51-1 nouveau du code de commerce qui dispose que « Lorsque la direction générale de la société est assumée par le président du conseil d'administration, les dispositions de la présente sous-section relatives au directeur général lui sont applicables ». Cet article entraîne application au président du conseil d'administration qui exerce également le poste de directeur général, des dispositions spéciales applicables à ce dernier. Dans la mesure où ces dispositions seraient

---

<sup>59</sup> Le projet de loi NRE supprime d'ailleurs la seule référence à la notion de président-directeur général, qui figurait encore dans le code de commerce, à l'article L. 225-185 consacré aux options de souscriptions d'actions.

inconciliables avec celles applicables au président du conseil d'administration, il semble préférable de faire prévaloir celles concernant le directeur général puisqu'un texte spécial impose leur application.

38. - Le projet de loi NRE organise la dissociation des fonctions et en fixe le régime mais il oublie quelque peu de prévoir les conséquences de cette réforme en cas de maintien du cumul des fonctions. Ceci ne fait que renforcer l'impression que la réforme, dont le principe n'est pas critiquable, a été préparée par le Gouvernement et examinée par le Parlement, avec une rapidité qui a nui à un examen très approfondi. Il est vrai que la dissociation des fonctions n'est que l'une des mesures d'un projet de loi qui comprend un grand nombre d'articles et constitue un fourre-tout dont l'unité artificielle ne résulte que du terme, qui méritait mieux que cela, de régulation.

## Conclusion

39. - La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général sera très probablement votée par le Parlement avant la fin du premier semestre 2001. Elle devrait constituer une avancée du gouvernement d'entreprise mais elle vient aussi rendre plus complexe le fonctionnement des sociétés anonymes et comporte, dans son état actuel, des lacunes et des insuffisances. Enfin, elle ne constitue pas une garantie absolue d'amélioration des pratiques du gouvernement d'entreprise. En effet, l'on constate que les sociétés qui ont adopté la structure à directoire et à conseil de surveillance, qui se rapproche pourtant de la nouvelle formule de dissociation des fonctions, ne sont pas particulièrement plus respectueuses des principes du gouvernement d'entreprise que les autres. Ensuite, si l'on se tourne vers l'étranger, l'on constate que certains pays qui pratiquent depuis longtemps la distinction des fonctions ne sont pas pour autant à la pointe du combat pour le gouvernement d'entreprise.

40. - La réforme proposée ne saurait donc être suffisante en soi pour améliorer le gouvernement d'entreprise. En fait, il serait également nécessaire de renforcer les contrôles des actionnaires. De ce point de vue, il est regrettable que la loi ne prévoie pas que le directeur général soit obligatoirement choisi parmi les membres du conseil d'administration. Le chef d'entreprise, lorsqu'il sera uniquement directeur général, ne pourra plus être révoqué par les actionnaires et il est difficile d'y voir là un progrès du gouvernement d'entreprise. De même, ce sont les actionnaires qui devraient décider de la concentration ou de la dissociation des fonctions. Par ailleurs, l'efficacité de la réforme dépend en grande partie du sérieux du contrôle des administrateurs sur les dirigeants. Or, la responsabilité des administrateurs est rarement mise en cause et la jurisprudence leur est plus favorable que dans d'autres pays, notamment les Etats-Unis. En fait, le succès de cette réforme dépendra, dans les sociétés cotées, de la bonne volonté des hommes qui seront appelés à la mettre en œuvre. Quant aux sociétés non cotées, il est peu probable que cette nouvelle formule connaîtra un grand succès parmi elles car son choix conduirait à un alourdissement inutile de leur fonctionnement.